Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VI.

Die neuesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung und die Grundrichtung derselben mit besonderer Hinsicht auf die neuesten Entwürfe der Prozeßordnung für Hannover und Schleswig-Holstein.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XVI. im vorigen Band.)

---

§. II. Entwurf der bürgerlichen Prozeßordnung von 1850 für das Königreich Hannover.

Wir haben in unserem letzten Aufsatze nachgewiesen, wie sehr bei den durch die immer stärker widerkehrenden Forderungen dringend gewordenen Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des bürgerlichen Verfahrens Alles darauf hinführt, den Grundsatz der Mündlichkeit, auf welchen das künftige Verfahren gebaut sein soll, ohne Halbheit und im wesentlichen nach dem Vorbilde der französ. Prozeßordnung, vorzüglich nach den Verbesserungen, welche in andern Staaten, z. B. in Genf, eingeführt werden, durchzuführen, weil sonst voraussichtlich bei einem nur auf beschränkte Mündlichkeit gebauten Verfahren Niemand zufrieden sein, und die Gesetzgebung bald genöthigt sein wird, mit bedeutenden Kosten die fruchtlos für die Versuchsgesetzgebung aufgewandt wurden, dennoch ein vollständiges mündliches Verfahren einzuführen. Die Frage für den Gesetzgeber kann jetzt nur die sein: ob die künftigen bürgerlichen Prozeßordnungen auf Mündlichkeit in der Art gebaut werden sollen, daß die Schrift nur den Zweck hat, die mündliche Verhandlung vorzubereiten und für einige während des Prozesses vorkommende Handlungen eine sichernde Grundlage zu gewähren, so daß die Richter nur auf den Grund der in der mündli-

chen Verhandlung ihnen vorgelegten oder vorgetragenen thatsächlichen und rechtlichen Entwickelungen ihr Urtheil fällen, oder ob die Schrift den wesentlichen Inhalt des Rechtsstreits feststellen und die mündliche Verhandlung nur den Zweck haben soll, den schriftlich festgestellten Inhalt vor den Richtern zu wiederholen und zu begründen.

Seit dem Druck unseres letzten Aufsatzes sind in Deutschland zwei neue Entwürfe von Prozeßordnungen bekannt geworden, von denen der Eine das oben geschilderte erste System, der Andere das zweite System durchführt. Der Erste ist der Entwurf einer Prozeßordnung für das Königreich Hannover [1]), der Zweite der für Schleswig-Holstein [2]). Ehe wir unsere im vorigen Aufsatze begonnene Nachweisung, daß nur durch eine mit Vorsicht und mannigfaltigen Verbesserungen durchgeführte auf Grundlage des französischen Verfahrens gebaute Prozeßordnung die gerechten Forderungen befriedigt werden können, fortsetzen, müssen wir unsere Leser mit den beiden neuesten Erzeugnissen der Gesetzgebung näher bekannt machen. Schon bei den Berathungen über den 1846 der Ständeversammlung vorgelegten Entwurf einer Prozeßordnung wurden vielfach die Anträge auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit einer zwischen Parteien und Richter gebauten Prozeßordnung gestellt; allein die Mehrheit der Stände erklärte [3]), daß sie in Hinblick auf die gesammten im Königreiche bestehenden Verhältnisse, auf den Zustand des materiellen Rechts und der Verschiedenheit seiner Quellen, auf die Organisation der Gerichte, namentlich das Bestehen der Einzelrichter und auf die ganze Entwickelungsstufe, auf welchen unser Rechtsleben steht, davon, daß das Prinzip der Mündlichkeit, von welchem auf die Dauer das der Oeffentlichkeit nicht auszuschließen sein würde, das einzige, richtige und heilsame sein,

1) Vorgelegt der Ständeversammlung am 11. Januar 1850.

2) Gedruckt, Kiel 1849.

3) Bernhardt, in den Vorbemerkungen zu seiner Ausgabe der allgemeinen bürgerlichen Prozeßordnung. Hannover 1848. S. 5. u. 6.

zur Zeit eine fest begründete Ueberzeugung nicht gewinnen könne, so daß dem damals vorgelegten, auf dem gemeinen Prozeßrecht beruhenden Entwurfe die ständische Zustimmung gegeben und die Prozeßordnung am 4. Dez. 1841 als Gesetz verkündet wurde.

Die große Bewegung, welche, wie überall in Deutschland, so auch in Hannover seit dem März 1848 sich erhob, hat den Fragen über die Umgestaltung der Prozeßgesetzgebung eine neue Bedeutung gegeben; die überall laut gewordenen, wenn auch vorzüglich auf den Strafprozeß sich beziehenden Forderungen Mündlichkeit und Oeffentlichkeit machten sich auch in Hannover geltend und das Gesetz vom 5. September 1848 §. 9. sichert zu, daß die Gerichtsverfassung nach den Grundsätzen der Mündlichkeit auch in bürgerlichen Sachen geregelt werden sollte. Auf diese Art mußte der Entwurf der bürgerlichen Prozeßordnung bearbeitet werden. Er wurde der jetzigen Ständeversammlung vorgelegt und verdient als eines der bedeutendsten Erzeugnisse deutscher gesetzgeberischer Thätigkeit die Aufmerksamkeit aller Männer, welche für die Fortschritte der Gesetzgebung Interesse haben. Wenn auch das Strafverfahren seiner Natur nach eine allgemeinere Theilnahme wegen der großen Fragen, welche die Menschheit und das öffentliche Leben berühren, und durch die dramatische Wirkung der Strafverhandlungen erweckt, so greift die bürgerliche Prozeßordnung noch tiefer in das Leben aller Bürger ein, gibt dem Rechte erst einen Nachdruck, sichert den Kredit, den Wohlstand und die Ruhe der Familien. Der hannoversche Entwurf ist keine blinde Nachahmung des französischen Prozeßgesetzbuchs; — schon dadurch, daß der Entwurf das materielle Prozeßrecht umfaßt, über welches der französische Code fast Nichts enthält, z. B. über das Wesen der Streitgenossenschaft, der Widerklage, der Intervention u. A. ist er eigenthümlich und schließt sich hier vielfach der Prozeßordnung von 1847 an. Während das französische Gesetzbuch sich nur mit kurzen Andeutungen begnügt, die Kenntniß der Einzelnheiten des Verfahrens, schon wie es bereits durch die Wissenschaft vor

der Revolution vielfach ausgebildet war, vorausgesetzt und bei der Gewalt, die nach der Elastizität des mündlichen Verfahrens es dem Vorsitzenden überläßt, wie er die Einzelnheiten ordnen will, übrigens auf die Ergänzung der Lücken durch die Aussprüche des Cassationshofs rechnet, bezweckt der hannoversche Entwurf, der aus 660 §§. besteht, eine vollständige klare Darstellung des materiellen und formellen Prozeßrechts, was um so nöthiger ist, als voraussichtlich die Richter, welche das neue Gesetzbuch anwenden sollen, nur an das bisherige, überall von dem neuen abweichende deutsche Verfahren gewöhnt, sich ohne nähere Anweisung nicht leicht in das Wesen des neuen Verfahrens sich versetzen und die nothwendige, den Bedürfnissen des einzelnen Falles sich anpassende Beweglichkeit sich nicht aneignen können. Geistreich und klar, freilich oft leichter nur für denjenigen ganz verständlich, der den Gang des französischen Verfahrens genau kennt, sind die in der Begründung des Entwurfes enthaltenen Ausführungeu, welche die leitenden Grundsätze des Entwurfs hervorheben. Während überall die Grundlagen der französischen Prozeßordnung im Entwurf beibehalten sind, schließt er sich der Verbesserung an, welche schon die westphälische Prozeßordnung, vorzüglich aber das Genfer Prozeßgesetz, enthält, und der Bearbeiter der Begründung des Entwurfs zeigt, daß er die Erfahrungen weise benützte, welche der verständige und unparteiische Praktiker in Frankreich und andern Ländern, in denen französisches Verfahren gilt, zu machen Gelegenheit hat [4]). Es ist wünschenswerth, daß diejenigen, welche sich mit der Beurtheilung des hannoverschen Entwurfs beschäftigen, sich mit dem Genfer Gesetze vertraut machen, dessen ausgezeichneter Bearbeiter [5]) Bellot durch sein fort-

4) In diesem Augenblicke hat die französ. Akademie eine Preisaufgabe über die beste Einrichtung einer bürgerlicher Prozeßordnung gegeben.

5) Wir empfehlen zum Studium vorzüglich die von Odier besorgte Ausgabe: loi sur la procédure civile de Canton de Genève, suivie de l, exposà des motifs par Fr. Bellot Paris 1837. Es finden sich

dauernd mit wenigen Ausnahmen [6]) von Juristen und Bürgern in Genf hochgeschätztes Werk sich ein unendliches Verdienst erworben hat. Wir wollen des leichteren Studiums wegen Hauptverbesserungen, welche das ganze Verfahren bestimmen, in dem Genfer Gesetz hervorheben, insbesondere diejenigen, welche der hannoversche Entwurf sich aneignete. Der französische Code macht das Verfahren von der Eintheilung der Sachen in ordentliche und summarische abhängig, und rechnet zu den letztern (Code 404) 1) Berufungen von friedensgerichtlichen Urtheilen, 2) rein persönliche Klagen, ohne Rücksicht auf die Summe, wenn sie durch eine nicht bestrittene Urkunde nachgewiesen sind, 3) alle auf Urkunde gebauten Klagen wenn die Summe nicht 1000 Franken übersteigt, 4) alle provisorischen, Beschleunigung fordernden Gesuche, 5) Klagen, auf Zahlung von Mieth- oder Pachtgeldern, oder rückständige Renten. Der Bearbeiter des Genfer Entwurfs [7]) wies nach, daß alle Rücksichten, nach welchen man die Abtheilung gesetzlich aufzustellen sucht, unvollkommen und nutzlos sind. Der Code verfügt bei den ordentlichen Sachen, daß der Kläger hier zuerst seinen Gegner durch einen Akt des Gerichtsboten, worin der Gegenstand der Klage mit kurzer Darstellung der Gründe angegeben wird, vorladen lassen muß, daß der Beklagte dann eine Frist von 8 Tagen zur Bestellung des Anwalts und weitere Frist von 14 Tagen zur Angabe seiner Vertheidigung hat, worauf der Kläger wieder 8 Tage Frist zu seiner Replik hat, daß nach dieser Instruktion die thätigste Partei sich erst an das Gericht wen-

---

darin aus den nachgelassenen Papieren von Bellot trefflich: legislative Bemerkungen. Auch war das exposé des motifs zur zweiten Abtheilung des Gesetzes früher nicht gedruckt.

6) Der Verfasser dieses Aufsatzes hat in Genf selbst den dortigen Prozeß näher beobachtet und besitzt durch die Güte von Genfer Praktikern schätzbare Materialien über die bisherigen Erfahrungen. Der vorliegende Aufsatz wird sie am geeigneten Ort mittheilen.

7) pag. 55.

det, und daß die Parteien 3 Tage vor der Sitzung ihre coclusions motivées einzureichen haben; in den summarischen Sachen dagegen wird auf bloßen Akt nach Ablauf der Vorladungsfrist ohne vorgängige Instruktion in der Sitzung entschieden. Frägt man, warum der Gesetzgeber eine so tiefeingreifende Verschiedenheit des Verfahrens aufstellt, jenachdem in ordentlichen oder in summarischen Sachen verhandelt werden soll, so liegt der Grund in der Vermuthung, daß die oben bezeichneten summarischen Sachen einfach sind, und das Streitmaterial so einfach vorliegt, daß es einer weitläufigen Vorbereitung nicht bedarf. Den Irrthum dieser Voraussetzung hatte der Genfer Gesetzgeber richtig erkannt. —

Wenn in Frankreich im Jahre 1845 [8]) bei den Gerichten der ersten Instanz 90310 ordentliche und 83125 summarische Sachen anhängig waren, so ist kein Zweifel, daß unter jenen, bei welchen der Betrag der Klagsumme mehr als 1000 Franks war, sich ein großer Theil befand, die so einfach waren, daß die für die ordentlichen Sachen vorgeschriebene, auf verwickelte Verhältnisse berechnete und große Vorbereitung voraussetzende Verfahren unnöthig war, während viele der sogenannt summarischen Sachen von der Art waren, daß hier eine längere Vorbereitung nöthig gewesen wäre. Daher vermied das Genfer Gesetz den Fehler des französ. Gesetzes, das von vornherein nach äußeren trüglichen Merkmalen die Sache in Klassen bringt und will die als Regel anzunehmende Einfachheit der Sachen zur Grundlage machen, so daß das, was bei den Franzosen Ausnahme ist, zur Regel erhoben wird und das Gericht zu prüfen hat, ob ein weiteres Verfahren, nemlich eine sogenannte instruction préalable nothwendig ist, und welche Fristen nach Beschaffenheit der Sache gegeben werden sollen. Diesen Ansichten schließt sich der hannoversche Entwurf an, wenn er §. 92. den Satz aufstellt, daß der Rechtsstreit mündlich auf Grund-

8) Nach dem Compte général de l'administration de la justice civile v. 1845 p. 84.

lage der die mündliche Verhandlung vorbereitenden schriftlichen Parteivorträge verhandeln wird. Der §. 93. schreibt dann vor, daß der schriftliche Parteivortrag die genaue Bezeichnung der Parteien, das Gericht, den Streitgegenstand mit thunlichster Angabe seines Werthes, die Angabe des Verhandlungstermins, das an die Gerichtssitzung zu stellende Gesuch enthalten muß, wobei die Begründung eine kurze, aber bestimmte und vollständige Angabe der dem Gesuche zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse zu liefern hat, und wenn die Schrift auf eine andere folgt, eine so bestimmte Erklärung auf die thatsächlichen Behauptungen des Gegners zu enthalten hat, daß nicht zweifelhaft sein kann, was zugestanden oder bestritten ist. Nach §. 94. haben die Parteien ihre Anträge in der Regel mindestens 3 Tage vor dem Termine sich gegenseitig und durch Gerichtsschreiber in Abschrift mitzutheilen. Nach §. 98. wird, nachdem die Sache durch den Gerichtsdiener aufgerufen ist, die mündliche Verhandlung dadurch eingeleitet, daß unter genauer Hervorhebung der streitenden Theile, des Streitgegenstandes, beide Theile die Schlußgesuche ihrer Anträge stellen. Die hierauf folgenden Vorträge der Parteien werden in freier Rede gehalten. Wenn das Gericht dafür hält, daß durch die beiderseitigen Vorträge die Sache hinlänglich aufgeklärt ist, kann es die Verhandlungen für geschlossen erklären (§. 100). Die Leitung der Verhandlungen liegt dem Vorsitzenden ob (§. 109). Ueber das Fragerecht bestimmt §. 111, daß durch sachgemäße Fragen dahin zu wirken ist, daß eine klare Ansicht der den Parteienvorträgen zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse, sowie der Anträge gewonnen wird. Erfolgt auf einzelne erhebliche Behauptungen eine Erklärung der Gegenseite entweder überhaupt nicht oder nicht mit der gehörigen Bestimmtheit, so kann von Amtswegen oder auf Antrag verfügt werden, daß über die namhaft zu machenden Behauptungen eine bestimmte Erklärung erfolge, widrigenfalls die betreffende Behauptung als auf die dem Gegner vortheilhafterweise beantwortet anzusehen ist. Die Behändigung

aller im Laufe eines Rechtsstreits von einer Partei an die andere gelangenden Aufforderungen, Bekanntmachungen, einschließlich der Klage und richterlichen Verfügungen erfolgt durch die Gerichtsvögte, bei den Kollegialgerichten ohne Mitwirkung des Gerichts (§. 118). In Bezug auf das Verfahren der ersten Instanz, vor den Obergerichten, bestimmt §. 184. genau die Erfordernisse, welche außer den oben angegebenen §§. 93, 94. für schriftliche Parteivorträge die Klaganträge haben müssen; außer dringenden Fällen (§. 143) muß zwischen der Behändigung der Klaganträge und dem Gerichtstage, auf den die Vorladung lautet, ein Zeitraum von mindestens 2 Wochen, wenn der Beklagte im Obergerichtsbezirke wohnt, außerdem 3 Wochen, und gegen den außer dem Königreich Wohnenden einen Monat betragen. Nach §. 191. hat der Anwalt des Beklagten mindestens 3 Tage vor dem festgesetzten Gerichtstage dem klägerischen Anwalte Abschrift seiner Gegenanträge behändigen zu lassen. Die mündliche Verhandlung tritt nach Vorschrift v. §. 98. ein. Das Gericht (§. 194) hat im Falle der Benennung des Autors so wie der Streitverkündigung den Verhandlungstermin nöthigenfalls zu erstrecken, und (§. 195) kann auch in andern Fällen es thun, wenn die Parteien oder eine derselben nicht im Stande zu sein erklärt, die Sache vollständig zu verhandeln. Nach §. 196. befreien verzögerliche Einreden, welche das Gericht, die Parteien oder die prozessuathische Geltendmachung des Anspruchs betreffen, den Beklagten von der Verhandlung der Hauptsache, der Beklagte muß aber diese Einreden gleichzeitig vorbringen und den Beweis antreten. Das Eingehen auf die Hauptsache führt den Verlust sämmtlicher dem Beklagten bereits zustehenden und bekannten verzögerlichen Einreden der gedachten Art nach sich. Jede Partei muß sich über die von der Gegenseite vorgebrachten Thatsachen bestimmt erklären. Allgemeines Abläugnen ist unzulässig (§. 190). Mit der Erklärung auf die Klage hat der Beklagte (§. 202) den Vortrag seiner zerstörlichen und den Anspruch selbst beziehenden verzögerlichen Einreden vor-

zutragen und zu begründen. Bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung ist ein Nachholen von Einreden, Repliken unbedingt, nach diesem Zeitpunkte rücksichtlich derselben Instanz aber nur im Falle des §. 444. Nr. 4. und unter den Bedingungen der §. 448. I. 450. 1. 2. [9]) gestattet. Die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung kann auf einen anderen Termin vertagt werden (§. 205). Das Fragerecht findet dann auch geschlossener mündlicher Verhandlung Statt. Unter der Aufschrift: Verfahren in Ausnahmsfällen bestimmt §. 207, daß in Sachen, welche mit Rücksicht auf die zu verhandelnden Thatsachen besondere Schwierigkeiten oder Verwickelungen darbieten, das Gericht auf übereinstimmenden Antrag der Parteien oder auf Begehren des Beklagten ein schriftliches Verfahren gestattet; in welchem Falle das Gericht zugleich die Fristen bestimmt, in welchen die Schriften zu wechseln sind und den Gerichtstag für die Verhandlung anordnet. Die Frist soll für Vernehmlassung und Replik nicht unter 2 Wochen betragen (§. 209). Die Schriftsätze, die keine Rechtsausführungen enthalten sollen, gelangen von Anwalt zu Anwalt durch Mittheilung, und eine Abschrift wird auf der Gerichtsschreiberei eingereicht (§. 211). Dies Vorverfahren hat den Zweck (§. 212), den Parteien Gelegenheit zu geben durch außergerichtliche Mittheilungen die mündliche Verhandlung zur Hauptsache vorzubereiten und deren Gang zu beschleunigen. Nach §. 214. kann auch ein schriftliches Vorverfahren [10]) unter Leitung eines Richterkommissärs angeordnet werden.

9) Der Art. 444. handelt von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nach §. 450. darf der Restitutionskläger nur diejenigen Beweise benützen, welche er in den Klageanträgen bestimmt namhaft gemacht hätte.

10) Es wird hier auf §. 460. verwiesen, welcher bestimmt, daß in Sachen, welche wegen außergewöhnlicher Ausdehnung oder Verwickelung der thatsächlichen Verhältnisse bezüglich des Beweises nicht geeignet scheinen, durch die mündliche Verhandlung genügend aufgeklärt zu werden, schriftliches Verfahren angeordnet wird. Die §§. 464—477 regeln das Verfahren; unten davon mehr.

Die bisher mitgetheilten Vorschriften zeigen, daß der hannoversche Entwurf den Grundsatz der Mündlichkeit gut durchführt, dabei aber sich den wesentlichen Verbesserungen des Genfer Gesetzbuchs anschließt. Die französische Unterscheidung von ordentlichen und summarischen Sachen ist verschwunden; das einfache und gewöhnliche Verhältniß bildet die Regel, und die Parteien erscheinen auf die Ladung bei Gericht. Die Vorbereitung durch kurze schriftliche Parteienanträge (§. 92. 93.), welche sich die Parteien einander mittheilen und die in Abschrift an das Gericht gelangen, genügt. Die günstigen Erfahrungen in Genf sprechen auch für das hannöversche System. Nur das richterliche Ermessen kann, wenn einmal die Parteien bei Gericht erschienen sind, bestimmen, ob in dem einzelnen Falle ein anderes, zur Instruktion der Sache dienliches Verfahren nothwendig ist, die Summe, worauf der Klageanspruch gerichtet ist, kann darüber nicht allein entscheiden. In einer großen Zahl der Fälle, in welchen im französischen Prozeß das Vorverfahren zwischen Anwälten für die ordentlichen Sachen vorgeschrieben ist, genügt nach der Erfahrung von Genf die unmittelbar mündliche Verhandlung und nur ausnahmsweise wird ein weiteres schriftliches Verfahren nothwendig befunden: tritt auch eine solche Verfügung ein, so wird dadurch, daß die Sache an das Gericht gebracht war, ein dreifacher Vortheil erreicht; denn bei dieser mündlichen Verhandlung werden oft Punkte die für das ganze nachfolgende Verfahren wichtig werden, z. B. das eintretende Rechtsverhältniß bei dem Dasein mehrerer Streitgenossen, schnell erledigt; mancher andere Vorpunkt, z. B. wenn eine verzögerliche Einrede vorgebracht wird, durch die sich der Beklagte von dem Streite schnell befreien will, wird sogleich mündlich verhandelt und entschieden. Das Gericht kann, weil es die Beschaffenheit der Sache kennen lernt, die Fristen im Verhältnisse zum Bedürfniß zweckmäßig regeln; die Hauptsache aber ist, daß der schon von Bellot [11]) als ein Haupt-

11) Loi de la procédure civile p. 77.

vorzug seines Systems hervorgehobene Vortheil sich in Genf wirklich bewährte, nemlich daß die Gefahr beseitigt wird, nach welcher die Advokaten nach französischer Praxis wenigstens zuweilen die Sache lange in ihren études liegen lassen, das sogenannte Vorverfahren nur gleichgiltig behandeln und den Streit nicht zur Verhandlung bringen. Dies kann nach dem Genfer und dem hannöverschen Entwurf nicht geschehen, da die Sache ohne jenes Vorverfahren an das Gericht gebracht wird und dies die strengen einzuhaltenden Fristen bestimmt. Es verdient noch eine Erwägung, ob nicht eine Verbesserung noch dadurch eintreten könnte, daß der Staatsanwalt, der das Verzeichniß der an das Gericht gebrachten Sachen einsehen kann, den Fortgang derselben in so fern überwachen sollte, als er, wenn er bemerkt, daß die Sache nicht weiter betrieben ist, Erkundigung bei den Anwälten einzieht, und im Falle der bemerkten Nachläßigkeit geeignete Aufforderung an den Anwalt oder Anträge an die Advokatenkammer erlassen soll. Gegen einen solchen Vorschlag aber entscheidet jedoch die Rücksicht der Gefahr einer ungeeigneten Obervormundschaft des Staats und das eigene Interesse der Parteien, die, wie auch die Erfahrung lehrt, sehr gut die Mittel kennen, wodurch sie die Anwälte antreiben können.

Im Zusammenhange mit der bisher bezeichneten Verbesserung steht noch eine andere, vom hannoverschen Entwurfe der Genfer Uebung nachgebildete. In Frankreich ist durch das Dekret vom 30. März 1808 angeordnet, daß bei den Gerichten eine role [12]) angelegt wird, in welche der Anwalt der Partei, die die Sache in die Sitzung bringen will, die Sache eintragen läßt und darum durch ein kurze Schrift (placet) [13]) nachsucht. Der Präsident läßt dann nach der Ordnung der Eintragung ein bestimmte Zahl von Sachen im Sitzungssaal anschlagen, 8 Tage vor dem Aufruf der Sache in die Si-

12) Bioche dictionaire de procédure V. p. 873.

13) Die Praxis unterscheidet, placets nouveaux, placets de exception, placets de role. Bioche I. p. 610.

tzung; wo mehrere Kammern sind, theilt der Präsident die Sachen den verschiedenen Kammern zu und jede Kammer hat dann ihre Role [14]). Nach Art. 68. des Dekrets soll eine bestimmte Zahl von Sachen den ersten Tag jeder Woche, die auf die Anheftung des Anschlags folgt, aufgerufen werden und die Anwälte sollen dann bei dem Aufrufe gegenwärtig sein, um die sogenannten qualités festzusetzen und die Conclusionen zu stellen. Der Anwald der die Sitzung betrieb, macht durch eine Schrift (avenir) [15]) seinem Gegenanwalt den Tag der Sitzung bekannt. Die Eintragung auf die Role ist in Frankreich selbst wichtig wegen der Erhebung der Gebühren des enregistrement [16]). Die Praxis ist übrigens in den verschiedenen Gerichten Frankreichs, besonders in Paris im Gegensatze der Gerichte in den Provinzen sehr ververschieden [17]). Dies System der Role war schon in Westphalen nicht üblich, und kömmt nicht in Genf vor. Man bemerkte nämlich, daß durch die Befolgung des Systems der Ansetzung der Sache nach der Ordnung der Role mancher Nachtheil entsteht, in dem der Präsident, der sich strenge an die Role halten muß, eine größere Zahl von Sachen für eine Sitzung ansetzt, damit es dem Gericht nicht an nöthigem Stoffe fehle, wodurch die Advokaten genöthigt werden, in der Ungewißheit, ob die angesetzte Sache wirklich an dem Tage zur Verhandlung kommen wird, in der Sitzung zu erscheinen, oft vergeblich mehrere Male sich vorzubereiten, weil die Verhandlung der vorausgehenden Sachen so viel Zeit fordert, daß die der Andern nicht mehr aufgerufen werden kann. Durch diese Gründe [18]) bewogen, überläßt der hannoversche Entwurf (143) es dem Vorsitzenden, nach geeigneter

14) Distribution des Causes genannt, s. darüber Bioche unter diesem Worte.

15) Bioche I. p. 618.

16) Bioche I. p. 609. §. 2. nr. 9.

17) Bioche II. 610.

18) Begründung S. 24.

Erwägung der Beschaffenheit der Sachen zu bestimmen, was in der Sitzung vorkommen soll.

Die neu eingeführte Mündlichkeit der Verhandlung veranlaßt begreiflich eine tiefeingreifende Veränderung in der Anwendung der Grundsätze, worauf das bisherige schriftliche Verfahren gebaut war, nämlich bei dem s. g. Verhandlungs- und Eventualprinzip. Das erste ist im französischen Gesetzbuche mit einer Schroffheit, wie die Begründung bemerkt [19]) durchgeführt, die manche Nachtheile hat. Es ist ganz in der Ordnung, daß das Gericht nur auf Betreiben der Partei thätig sein kann; allein das französische Recht geht davon aus, daß, sobald ein Urtheil gefällt ist, das Gericht eigentlich seine Thätigkeit, die ihm vorgelegte Streitfrage zu entscheiden, beendigt hat (il est desaisi), so daß es wieder einer neuen Parteienthätigkeit bedarf, um die Sache zur Entscheidung vor Gericht zu bringen, wobei noch der Grundsatz einwirkt, daß es Sache der Parteien ist, das Urtheil zu lösen, und daß die thätigste Partei zu sorgen hat, daß das Urtheil, von dem sie für sich Gebrauch machen will, der Gegenpartei significirt wird. — Das Schlimme ist aber in Frankreich, daß das Urtheil nicht von dem Gerichte ausgefertigt wird, sondern die Anwälte der beiden Parteien durch die sogenannten qualités, über die sie sich verständigen müssen, zu Stande kömmt. Diese Einrichtung wurde früh schon von Bellot [20]) getadelt und in Genf geändert. Auch in Deutschland hatten sich dagegen immer Stimmen erhoben [21]). Der hannoversche Entwurf hat daher mit Recht [22]) das französische System verlassen und schreibt vor (§. 355), daß die Abfassung der Urtheile dem Richter obliegt, der vom Vor-

19) S. 6.

20) Loi sur la procédure p. 104.

21) Der Verf. that dies schon in seiner Schrift: „Der gemeine deutsche Prozeß" II. S. 179.; auch Holzschuher „der Rechtsweg" S. 332. Dernburg.

22) Begründung S. 47.

sitzenden damit beauftragt wird. Dadurch werden viele Klagen über Kosten und Verzögerungen abgeschnitten; aber auch der französischen Ansicht, daß jedes Urtheil dem Gerichte seine Thätigkeit bis zum neuen Antrag von Seite der Parteien entziehe huldigt der Entwurf nicht [23]); bei den Zwischenurtheilen, vorzüglich Beweisurtheilen, läuft der Partei, ohne Rücksicht, ob sie das Urtheil ausgenommen und der Andern mitgetheilt hat, die im Urtheil gesetzte Frist. Wird für eine Beweiserhebung z. B. Augenschein, ein Richter ernannt, so bedarf es nicht, wie in Frankreich, erst wieder eine Bittschrift der thätigsten Partei, Verfügungen zu erlassen, sondern der vom Gericht beauftragte Richter ist es, der selbst zur Einnahme des Augenscheins den Termin anordnet (§. 281.) und verfügt, daß das über den Augenschein aufgenommene Protokoll auf der Gerichtsschreiberei bereit liege, wo dann Abschriften begehrt werden können. — Bemerken müssen wir nur, daß hier der Entwurf noch manche Bestimmung deutlicher angeben muß, weil voraussichtlich die bisher an das schriftliche von dem Gericht geleitete Verfahren gewöhnten Praktiker sich nicht leicht in die Einzelnheiten des neuen Verfahrens finden werden, z. B. wenn der Beweis erhoben ist und es nun darauf ankömmt, das Ergebniß zur mündlichen Verhandlung in die Sitzung des Gerichts zu bringen. Nach Art. 466. scheint es, daß der Richter, wenn er findet, daß die Sache zum Endurtheil reif ist, die Parteien zur mündlichen Schlußverhandlung in eine bestimmte Sitzung des Gerichts verweisen muß. Auf diese Art hängt es nicht mehr, wie in Frankreich, von den Anwälten ab, wenn sie nach geschlossener Beweisaufnahme die Sachen zur mündlichen Erörterung in die Gerichtssitzung bringen wollen.

Wir haben schon früher [24]) nachgewiesen, daß im mündlichen Verfahren das bisherige Eventualprinzip nicht im vollen Umfang anwendbar sein kann. Die Motive des hanno-

23) Begründung S. 7.

24) Im vorigen Hefte S. 423.

verischen Entwurfs[25]) erkennen dieses auch richtig an. Das Gebot der Gleichzeitigkeit der Verhandlung unter den Parteien macht eine große Beweglichkeit des mündlichen Verfahrens möglich; es schadet Nichts, wenn ein Vorpunkt oder eine bestimmte Frage vorerst verhandelt oder entschieden wird; es ist aber auch im Interesse der guten Entscheidung wünschenswerth, daß der Gegenstand der mündlichen Verhandlung nicht verwickelt und mit einer Masse verschiedener Fragen zugleich, von denen einige vielleicht zunächst gar nicht einflußreich sind, zur Verhandlung und Entscheidung komme. Der Entwurf hält es aber dennoch für bedenklich, dem Vorbilde anderer auf Mündlichkeit gebauten Gesetzgebungen, welche eine zu große Zersplitterung der Vorträge und Nachbringung von Rechtsbehelfen gestatten, zu folgen, weil, wie die Motive bemerken, zu viele Nachtheile vorkommen können, wenn es am guten Willen der Prozeßführenden, oder an energischer Leitung des Vorsitzenden mangelt. — Der Entwurf fordert daher §. 101, daß die mündliche Verhandlung das ganze Streitverhältniß sowohl seinen thatsächlichen als rechtlichen Beziehungen noch umfasse; allein es beseitigt der Entwurf die Gefahr ungeeigneter Concentration, durch die Befugnisse des Vorsitzenden auf Antrag der Partei oder von Amtswegen die Trennung in der Verhandlung zu gestatten, sobald die gleichzeitige Verhandlung über verschiedene Streitpunkte eine zu große Verwirrung des Verfahrens besorgen läßt. Während darnach das Gesetz die Gleichzeitigkeit des Vortrags zur Regel macht, gestattet es nach dem Ermessen des Vorsitzenden die gehörige, dem Bedürfnisse desfalls anpassende Ausnahme. Der Entwurf faßt aber auch die mündlichen Parteivorträge, wenn sie auch äußerlich in mehrere getrennte Akte zerfallen, als einen Akt rechtlich auf. Ein Gebot, daß in gewisser Reihenfolge die verschiedenen Behelfe vorgetragen werden müssen, würde leicht zu einer unnöthigen Zerreißung des Zusammenhanges führen,

25) Begründung S. 8.

und dem Vortrage alle Lebendigkeit, den Richtern aber, welche zu Vielerlei auffassen müßten und die Aufmerksamkeit nicht auf das zunächst zur Entscheidung Nothwendige richten könnten, die leichte Uebersicht und sichere Entscheidung rauben [26]). Es ist ganz natürlich, das Verfahren über verzögerliches Vorbringen im mündlichen Verfahren trennen zu lassen von der Vernehmlassung des Beklagten; die im schriftlichen Prozesse leicht durchzuführende und gerechte Vorschrift würde im mündlichen Verfahren unpassend sein; wenn nun §. 196. die Vorverhandlung der verzögerlichen Einreden gestattet, so ist es ganz in der Ordnung, zu fordern, daß alle solche Einreden auf ein Mal vorgetragen und die nöthigen Beweise angetreten werden; ebenso gerecht ist aber auch der Satz, daß wenn der Beklagte sich auf die Hauptsache einließ, er auf das Vorbringen der verzögerlichen Einreden verzichtet [27]). Am meisten weicht von der bisherigen Ansicht freilich der §. 204. ab, wenn er gestattet, daß eine Einrede bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden darf; allein dies ist weise, weil sie ja immer noch im mündlichen Verfahren rechtzeitig vorgebracht ist und der anwesende Kläger sogleich darauf antworten kann; und die Gefahr ist beseitigt, weil, wenn der Gegner erklärt [28]), daß er jetzt, da der Vortrag ihm neu sei, nicht darauf sogleich antworten könne, der Richter Vertagung gewährt, und der Beklagte in die Kosten verurtheilt wird. Ohnehin wird die Oeffentlichkeit nach den Erfahrungen Frankreichs auch hier gut wirken, und der Anwalt, der durch solche bei Verspätungen die Absicht der Chikane zeigt, wird bei seinen Mitbürger kein Vertrauen sich erwerben. — Die bis-

26) s. Dernburg S. 336.

27) Versteht sich, wenn nicht der Grund einer Einrede erst später ihm bekannt wurde, oder einen Punkt betrifft, den das Gericht von Amtswegen berücksichtigen muß.

28) Begründung S. 10.

herige Schilderung des Entwurfs mag vorläufig, da wir erst später in die Einzelnheiten einzugehen haben, genügen, um den Charakter des neuen, sehr tüchtigen gesetzgeberischen Erzeugnisses zu zeigen.

§. III. Entwurf der Prozeßordnung für Schleswig-Holstein.

Als Vertreter der Ansicht, welche die mündliche Verhandlung mit einem schriftlichen, durch das Gericht geleiteten Verfahren zu verbinden sucht, erscheint der (aus §§. 292 bestehende) Entwurf für Schleswig-Holstein von 1849. Die Motive erklären, daß sich in den Herzogthümern bisher das mündliche Verfahren erfahrungsmäßig in dem Grade bewährt habe, daß es bei der Frage der Zweckmäßigkeit einer größern Ausdehnung nicht nöthig sein dürfte, mit derjenigen Scheu zu Werke zu gehen, welche in manchen Ländern in denen schriftliches Verfahren gegolten, bei der Einführung des mündlichen sich bemerkbar machte. Als leitende Grundsätze stellte man auf: 1) die wesentlichen thatsächlichen Behauptungen der Parteien sind durch die Schrift festzustellen; die Entwickelung und Ausführung derselben, ist den lebendigen freien Wechselreden zu überlassen; 2) dieser Grundsatz soll in möglichst weiter Ausdehnung für die verschiedenen Prozeßarten und Instanzen zur Ausführung zu bringen sein; 3) die Verhandlungs- und Eventualmaxime, als eine breite und bewährte Grundlage des vaterländischen Prozesses, bleiben bestehen; 4) die Prozeßleitung verbleibt den Gerichten, doch ist in erster Instanz in den vor die Kreisgerichte gehörigen Streitsachen die außergerichtliche Instruktion zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung den Parteien gestattet; 5) die bisherige gesetzliche Beschränkung der Zulassung der Advokaten in einigen Arten des Verfahrens ist aufgehoben; 6) die von einer Partei behaupteten, von der andern nicht ausdrücklich abgeläugneten wesentlichen Thatsachen sind für eingestanden zu betrachten; 7) alle Fristen und Termine sind peremtorisch, so daß mit unbenutztem Ablauf derselbe die Folge

der Versäumniß von selbst eintritt; 8) das Verfahren in erster Instanz vor den Kreisgerichten ist gemischt, schriftlich und mündlich. Die Beweiserkenntnisse sind beibehalten, aber der freien richterlichen Ueberzeugung ist die Beantwortung der Frage überlassen, ob der Beweis geführt sei; nur der §. 82. bestimmt, daß das, was durch übereinstimmende Aussagen zweier glaubwürdiger Zeugen dargethan war, als voll bewiesen angenommen werden soll; die Motive rechtfertigen diesen Satz, weil dem richterlichen Ermessen ein fester Anhaltspunkt gegeben werden sollte. Um dem Gericht es möglich zu machen, zu einer gewissenhaften Ueberzeugung durch eigene Wahrnehmung zu gelangen, ist die vollständige Beweisaufnahme vor versammeltem Gerichte und die Anordnung mündlicher Parteiverhandlungen vor dem Beweishauptverfahren gestattet, und die bisherige Art der Führung des Zeugenbeweises ganz umgestaltet. —

Der Entwurf stellt in §. 3. den Satz auf: die Parteien sind gehalten, sämmtliche nach der Lage der Verhandlungen zulässige Angriffs- und Vertheidigungsmittel, von welchen sie in dem Rechtsstreite Gebrauch machen wollen, gleichzeitig vorzutragen. Der Titel IV. handelt von der Thätigkeit des Staatsanwalts [29]). Unter den allgemeinen Bestimmungen in Betreff des Verfahrens kömmt §. 56. vor, daß alle Behufs des Angriffs oder der Vertheidigung bestimmt behaupteten und deutlich vorgetragenen Thatsachen, die von dem Gegner in seiner Erklärung über dieselben nicht ausdrücklich in Abrede gestellt sind, als zugestanden anzunehmen sind. Nach §. 63. ist die Partei, welche über eine Stunde nach der ihr zum Erscheinen vom Gericht bestimmten Zeit ausbleibt, als ungehorsame zu betrachten. Nach §. 66. sind mit der Klage alle Urkunden auf die sie sich stützt einzureichen, mögen sie die Legitimation zum Prozesse, oder

29) Wir werden in einem besonderen Aufsatze, von der Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft in Civilsachen den Inhalt dieses Titels angeben.

zur Sache oder diese selbst betreffen. Das Gleiche soll (§. 67.) für die Einreden, Repliken und dergleichen gelten. Nach §. 70. kann das Gericht bei der mündlichen Verhandlung der Sache zur besseren Aufklärung der von den Parteien behaupteten erheblichen Thatsachen Fragen zur Beantwortung vorlegen. Unterbleibt die Erklärung, oder ist sie ungenügend, so wird die nicht ausdrücklich abgeläugnete Thatsache als zugestanden angenommen. Nach §. 71. hat jede Partei das Recht, ebenfalls solche Fragen durch das Gericht an den Gegner stellen zu lassen. Wir wollen zunächst, weil darin die wichtigsten Abänderungen sich aussprechen, die Vorschriften über das Verfahren vor den Kollegialgerichten (Kreisgerichten) mittheilen. Die Klage muß (§. 134.) in doppelter Ausfertigung bei dem Gerichte eingereicht werden. Findet das Gericht nicht die Klage unstatthaft und den Gerichtsstand unbegründet, so ladet es unter Mittheilung der Abschrift den Beklagten zur mündlichen Verhandlung in einem anzusetzenden Termin vor (es müssen wenigstens 4 Wochen zwischen der Behändigung der Klage und dem Verhandlungstermin liegen) und gibt demselben auf 8 Tage vorher seine Vernehmlassung bei dem Gerichte einzureichen und dem Kläger in Abschrift zuzustellen. Nach §. 137. können die Parteien das Verfahren auch außergerichtlich instruiren und unter Einreichung der gewechselten Schriften oder einer gemeinschaftlichen Darstellung des Sachverhältnisses und Hinzufügung ihrer Anträge auf einen Termin zur mündlichen Verhandlung antragen, welchen dann das Gericht nicht über 14 Tage anzusetzen hat. Die Wechselschriften sollen nur die erheblichen Thatsachen in genauer Fassung der Anträge (ohne Rechtsausführung) mittheilen (§. 138). Nach §. 141. ist bei der mündlichen Verhandlung eine wesentliche Abänderung der schriftlichen Grundlagen der Parteivorträge unzulässig. Erscheint der Kläger im Verhandlungstermin nicht, so wird er auf Antrag des Beklagten mit der angebrachten Klage abgewiesen. Erscheint der Beklagte nicht, hat aber die Vernehmlassung zeitig mitgetheilt, so wird auf Antrag des Klägers

sofort auf den Grund der schriftlichen Klage und Vernehmlassung und der mündlichen Verhandlung des Klägers erkannt. Erscheint Beklagter, hat aber die Vernehmlassung nicht mitgetheilt, so gelten die in der Klage angeführten Thatsachen als eingeräumt, und dem Beklagten steht unter Verlust der Einreden nur die Rechtsausführung wider die Klage zu (§. 143). Aus erheblichen, in der Sache liegenden Gründen, namentlich bei verwickelten Rechnungsstreitigkeiten kann das Gericht den Parteien gestatten, eine schriftliche Replik und Duplik untereinander zu wechseln und dem Gerichte einzureichen. Ist dies geschehen, so wird ein Referent bestellt, der dem Gerichte Vortrag erstattet; ob dann noch eine mündliche Verhandlung Statt finden soll, hängt vom Ermessen des Gerichts ab. — Wenn auf Beweis erkannt ist, so sind die Beweisantretungen und übrigen Schriften bei dem Gerichte einzureichen (§. 146—150). Nach §. 251. entscheidet das Gericht, ob die Beweisaufnahme ganz oder in einzelnen Theilen, namentlich das Zeugenverhör, von demselben oder von einem aus seiner Mitte zu bestellenden Mitgliede geschehen soll. Nach beendigter Beweisaufnahme setzt innerhalb 8 Tagen das Gericht einen Termin zur mündlichen Verhandlung über den Beweis, nicht über 14 Tage, an (§. 152), in der Sitzung trägt ein Referent über den Stand der Sache vor; der Sekretär verliest alle Protokolle, worauf die mündliche Verhandlung folgt.

§. IV. Unzweckmäßigkeit der Verbindung des mündlichen Verfahrens mit einem durch das Gericht geleiteten schriftlichen Vorverfahren.

Es ist begreiflich, daß eben in Deutschland, dessen Richter und Anwälte seit so langer Zeit an die Schriftlichkeit gewöhnt waren, und mit ehrenwerther Gründlichkeit Prozesse führten und entschieden, mit Besorgniß auf die Mündlichkeit blicken, nach welcher sie als Anwälte unvorbereitet rasch auf die vom Gegner neu vorgebrachte Thatsache antworten, und als Richter auf den Grund flüchtig gesprochener Vorträge

der Anwälte, ohne Zeit zu haben, die gewechselten Schriften ruhig zu lesen und alle Verhältnisse zu erwägen, mit den Gesetzen zu vergleichen, über oft verwickelte Thatsachen abstimmen sollen. Es ist leicht erklärbar, wie man in einer Verbindung des mündlichen und schriftlichen Verfahrens einen trefflichen Ausweg gefunden zu haben glaubte, die Gründlichkeit der Entscheidungen, die gehörige Vorbereitung der Anwälte und der Richter zu sichern, und die Gefahren von Entscheidungen zu beseitigen, welche keine schriftliche Grundlage haben, zugleich dem nun einmal geforderten und versprochenen Prinzip der Mündlichkeit Rechnung zu tragen, ohne zu stark die bisher gewohnten Einrichtungen zu verletzen. Wir glauben aber nachweisen zu können, daß eben jene Verbindung die gehofften Vortheile nicht gewährt, vielmehr bedeutende Nachtheile erzeugt.

1. Die folgerichtige Durchführung des Grundsatzes der Mündlichkeit oder der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor den zur Entscheidung berufenen Richtern verbürgt ebensosehr den schnelleren und mehr naturgemäßen Prozeßgang, als sie eine gerechtere Urtheilsfällung sichert. Die große Zahl von Fristen, welche im schriftlichen Verfahren nothwendig werden, in dem die schriftlichen Vorträge Alles, und wegen der Eventualmaxime auch viel Unnöthiges häufen müssen, die vielfachen Verlängerungen dieser Fristen, die nachtheilige Weitläufigkeit und Breite der Schriften, die Versuchungen, den Prozeß durch zahllose Einreden und Zwischenfragen in die Länge zu ziehen, fallen weg im mündlichen Verfahren, in welchem die Elastizität desselben es dem Vorsitzenden möglich macht, Unnöthiges schnell zu beseitigen und die dem einzelnen Falle eben anpassende Verfahrungsweise einzuleiten. Die Richter sind bei dieser Verhandlung sicher, nicht erst durch das Mittel des Vortrags eines der Kollegen, sondern unmittelbar durch die Parteien und ihre Vertreter die Behauptungen, Ansprüche, Begründungen der Parteien zu erfahren, durch Fragen jeden Zweifel rasch zu beseitigen, dem unmittelbaren Eindrucke der Verhandlungen zu folgen und jene Klarheit zu gewinnen, die

nur die Folge der in Spannung erhaltenen Aufmerksamkeit ist, welche durch die lebendige Darstellung und das Interesse, das der mündliche Vortrag gewährt, möglich gemacht wird. Ein schriftliches, von den Gerichten geleitetes Vorverfahren aber gefährdet leicht diese Vortheile der Mündlichkeit, und führt, wie Dernburg[30]) bemerkt, dazu, daß in den meisten Fällen der mündliche Vortrag rein illusorisch und zur reinen Förmlichkeit herabsinken wird, welche die Parteien ermüdet und die Richter langweilt. Was auf dem einfachsten und naturgemäßen Wege[31]) leicht erreicht werden kann, wenn nämlich die Parteien ihre Ansprüche und Anträge den Richtern unmittelbar vortragen und begründen, soll, wenn man ein schriftliches Vorverfahren fordert, auf einem kostspieligen, zeitraubenden, in einer Reihe von Fällen völlig unnöthigen Umwege bewirkt werden. Das schriftliche Vorverfahren, wie es mit dem Grundsatz der Mündlichkeit vereinbar ist, darf nur so weit gehen, als es nöthig ist, die mündliche Verhandlung vorzubereiten. Wird es weiter ausgedehnt, so werden Verzögerungen des Verfahrens und Nachtheile wegen des Widerstreits des Ergebnisses der schriftlichen und der mündlichen Verhandlung veranlaßt. Wie weit zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ein schriftliches Vorverfahren nothwendig oder zweckmäßig ist, muß durch das Bedürfniß des einzelnen Falles bestimmt werden. Das Einfache muß die Regel bilden, wie dies im Genfer und im hannoverschen Entwurfe der Fall ist. Es genügt der Klageantrag (wie der hannoversche Entwurf §. 184) und unter Umständen ein Gegenantrag des Beklagten (hannoverscher Entwurf §. 191), um die Sache zur Verhandlung an das Gericht zu bringen; keine Partei darf aber an dem Vortrage anderer Thatsachen und Gesuche, als sie in jenen Voranträgen angab, in der Sitzung gehindert werden, weil sonst das Prin-

30) In seinen Abhandlungen S. 312.

31) Dies hebt auch sehr gut Götze (Obertribunalspräsident in Berlin) in der Schrift „Das neueste deutsche Civilprozeßgesetz" S. 71 hervor.

zip der Mündlichkeit verletzt ist. Folgerichtig geht die schriftliche Vorbereitung nur die Parteien an; das Gericht, welches sich nur an den Vortrag in der Sitzung hält, hat sich darein nicht zu mischen, ausgenommen, insofern eine Partei daraus, daß die andere sie überraschte und die mögliche Vorbereitung hinderte, einen Antrag ableitet, z. B. eine Vertagung der Sitzung fordert und in Folge der Bewilligung der Vertagung der Partei, welche die Schuld an der Verzögerung trägt, Kosten aufgelegt werden müssen. Daß die Gründlichkeit der Urtheilsfällung dadurch nicht leidet, zeigt die Erfahrung des bremischen Handelsgerichts, vor welchem doch die wichtigsten, höchst verwickelten Streitsachen, z. B. in Versicherungsfällen, vorkommen und nach dem Gesetze die Verhandlung unmittelbar in der Sitzung beginnt, ohne daß gesetzlich ein schriftliches Vorverfahren vorgeschrieben ist, während durch die Uebung unter den Anwälten ein vorläufiges Skizzenverfahren verabredeterweise eingeführt ist [32]), nach welchem der Anwalt des Klägers eine von ihm verfaßte kurze Klagskizze dem Beklagten zustellen läßt, und nach der Uebereinkunft unter den Anwälten vor der Sitzung die Beilagen, von denen man Gebrauch machen will, jeder Anwalt dem andern mit einer Skizze der Ausführung vor der Sitzung mittheilt. Dies Alles geht nur die Anwälte an; das Gericht mischt sich nicht darein; beschwert sich der Anwalt in der Sitzung, daß ihm eine Mittheilung, wo sie billiger Weise hätte gemacht werden sollen, nicht gemacht wurde, so veranlaßt dies eine Vertagung der Sitzung. Mit Recht bemerkt neuerlich Herr Bergson [33]), der die Prozeßgesetzgebungen der verschiedenen Länder aus Erfahrung kennt, daß die oft in Deutschland verbreiteten Klagen über die Gefahren des nur mündlichen Prozesses grundlos und nur die Folgen sind, daß die Tadler die Sache nicht in der Wirklichkeit beobachten.

32) Siehe auch v. Somaruga, über Errichtung von Handelsgerichten in Oesterreich. S. 13. 14. 17.

33) In seiner Schrift: Aperçu sur la nouvelle legislation de la Prusse en matière de procédure civile. Paris 1847, pag. 17.

2. Wenn man das schriftliche Vorverfahren durch einen Richter leiten läßt, und davon Heil für die Rechtspflege erwartet, so befindet man sich in einer Selbsttäuschung. Jene Prozeßleitung würde darin bestehen, daß jede Schrift einer Partei nur durch das Prozeßgericht, bei welchem sie eingereicht wird, vermöge eines Dekrets der andern Partei mit dem geeigneten Auftrage und Drohung zukömmt und daß das Gericht, ehe es die Schrift mittheilt, sie prüft. Man täuscht sich, wenn man glaubt, daß dadurch bessere Prozeßschriften veranlaßt werden; darüber, daß die Schrift noch so langweilig breit mit unnützen Ausführungen, grundlosen Einwendungen und mit Verdrehungen angefüllt ist, kann ja das Dekret nichts verfügen. Was die Prüfung der Klagen betrifft, so ist eine vorläufige Abweisung (gänzliche oder angebrachtermaßen) unpassend und mit der Würde des Richteramts unverträglich, da schon zu entscheiden, wo noch kein Streit und Erklärung des Beklagten vorliegt, und der Richter in so vielen Fällen Gefahr läuft, voreilig zu entscheiden, weil erst in der späteren Schrift die in der Klagschrift enthaltene Andeutung leicht ergänzt wird. Die Erfahrung lehrt daher auch, daß eine große Zahl von Prozessen, in welchen die erste Instanz die Klage angebrachtermaßen abgewiesen hat, mit großem Zeit- und Kostenaufwand in die oberste Instanz gelangt und dort (weil in der Zwischenzeit durch die Verhandlungen sich die Sache besser herausstellt) die Klage als zulässig erkannt wird. Wie sehr die Ansicht von der Unzweckmäßigkeit solcher Abweisungen anerkannt wird, zeigt die von uns bereits oben angegebene Vorschrift des braunschweiger Entwurfs [34]), der doch ein schriftliches, vom Gerichte geleitetes Vorverfahren vorschreibt, aber ausspricht, daß die Kollegialgerichte nicht befugt sein sollten, ohne vorgängiges mündliches Verfahren Klagen abzuweisen, weil dadurch das Prinzip der Mündlichkeit verletzt würde [35]).

34) In diesem Archiv. XXXII. S. 408.

35) In dem Vorberichte zum preußischen Entwurfe S. XVI. wird ausgesprochen, daß in Zukunft die Beaufsichtigung Seitens der Richter

Auf ähnliche Art ist auch die Prüfung der eingereichten sogenannten Einredeschriften zu betrachten. Ausbeugungen, Versuche durch prozeßhindernde Einrede sich von der Einlassung zu befreien, die Sitte der Einlassung selbst auf Schrauben zu stellen, zu allgemein oder unvollständig zu liefern, werden immer vorkommen; will der Richter hier durch Dekrete solche ungenügende Schriften zur Verbesserung zurückweisen, neue Aufträge geben, so geht Zeit verloren und am Ende wird doch nichts Besseres gewonnen. In dem mündlichen Verfahren schaden solche formlose Schriften nicht; in dieser Verhandlung muß sich jede Partei genügend erklären; hat sie zuvor dem Gegenanwalt keine Mittheilung gemacht, so schadet sie sich nur selbst, weil dann das Gericht leicht eine Vertagung gewährt und die schuldhafte Partei in die Kosten verurtheilt werden kann. Wo eine richterliche Prozeßleitung vorkömmt, wird es noch an Fristgesuchen nicht fehlen, welche aus angeborner Nachsicht vielfach bewilligt werden. Betrachte man noch, wie viel Zeit dadurch verloren geht, bis in einem viel beschäftigten Gericht die Ausfertigung der Dekrete geschieht, die Behändigung bewirkt wird, und frage noch, ob es nöthig ist, daß das Gericht in jedem Falle die Partei die Drohung der gesetzlichen Folge des Ungehorsams ausspreche, wo Jeder aus dem Gesetze von selbst weiß, welche Folge eintritt; so sollte man endlich aufhören, von der richterlichen Prozeßleitung Heil zu erwarten.

3. Wir behaupten aber auch, daß ein solches Vorverfahren Nachtheile hat. Die Folge eines solchen wird die Aufstellung eines Richters sein. (Auch der Präsident, wenn ihm das Gesetz die Leitung aufträgt, erscheint als Richter.) Dieser ist dann der Respicient, und hier lehrt die Erfahrung [36]), daß der Respicient, wenn auch auf einer Seite

---

nicht auf die Fassung und den Inhalt der Schriften, welche von Advokaten verfaßt sind, beziehen darf. Die Advokaten dürften in technischer und wissenschaftlicher Hinsicht nicht von dem Richter gemaßregelt werden.

36) Mit Recht auch von Dernburg, S. 314, hervorgehoben.

durch seine genauere Bekanntschaft mit der Sache den übrigen Richtern die Urtheilsfällung erleichtert werden kann, auf der andern Seite leicht nachtheilig durch den überwiegenden Einfluß wirkt, den er ausübt. Er wird durch das Studium der unter seiner Leitung erwachsenen Akten schon mit einer bestimmten Ansicht über die Streitsache in die Sitzung kommen, und gleichsam den Entwurf des Urtheils mitbringen. An volle Unbefangenheit ist schwer zu denken. Die Anwälte wissen dies und haben dadurch selbst weniger Interesse an der Sache, weil sie häufig wissen, daß eigentlich das Urtheil schon fertig ist; die aus der vorgefaßten Meinung des Respicienten hervorgehende Einseitigkeit der Leitung der Verhandlung schadet aber auch; ist es namentlich der Präsident, welcher zugleich das Vorverfahren leitete, so ist anzunehmen, daß regelmäßig, besonders wenn nur drei Richter sitzen, das zum Urtheil erhoben wird, wie eigentlich vor dem Anfang der Sitzung der Präsident nach dem Ergebniß des Vorverfahrens die Sache aufgefaßt hatte [37]). Die mündliche Verhandlung ist dann häufig ein überflüssiges Schauspiel [38]). Die Mündlichkeit hat neue Bedeutung, wenn die Parteien vor Richter treten, die nicht vorher eingenommen sind.

4. Jede Gesetzgebung, welche ein schriftliches, durch das Gericht geleitetes Vorverfahren vorschreibt, befindet sich in Verlegenheit. Entweder muß sie zugleich anordnen, daß nur Dasjenige, was in dem Vorverfahren vorgebracht ist, als Grundlage der mündlichen Verhandlung gelten, daher auch das Eventualprinzip angewendet werden soll, oder sie fordert dies nicht, gibt höchstens Andeutungen, was die Schriften enthalten sollen, überläßt aber Alles den Anwälten. Im ersten Falle zerstört der Gesetzgeber das Prinzip der Unmittelbar-

37) Nach Erkundigung in Schweizerkantonen, in welchen ein ähnliches Verfahren vorkommt, zeigen sich dort solche Erscheinungen.

38) Auch in dem Vorbericht zu dem preußischen Entwurf S. XIV. ist dies als Nachtheil hervorgehoben, daß bei dem schriftlichen Vorverfahren leicht das Gericht sich ein Urtheil bilde, ehe es die mündlichen Verhandlungen kannte.

keit und erzeugt Härten, die nicht zu rechtfertigen sind, weil das materielle Recht zu oft verletzt würde. Folgerichtig würde dann auch die mündliche Verhandlung häufig nur eine Wiederholung des im wesentlichen schon schriftlich Vorgetragenen oder eine langweilige, breite, häufig überflüssige Ausführung der schriftlichen Vorträge sein. Im zweiten Fall ist das schriftliche Verfahren oft unnöthig, und dies von dem Gesetzgeber geforderte Vorverfahren veranlaßt nur Zeit- und Kostenaufwand, indem das Gesetz doch auf die Fälle rechnen muß, daß Schriften eingereicht werden, dafür längere Fristen (wegen der schwierigen Streitsachen) vorschreiben muß, dadurch aber in einer Reihe von Fällen, die einfach sogleich an das Gericht hätten gebracht werden können, Zögerung bewirkt und den Parteien unnöthige Kosten verursacht, wenn unbeschäftigte Anwälte die Vorschrift benutzen und nutzlose Schriften einreichen.

5. Der Gesetzgeber darf nie verkennen, daß in einer großen Zahl von Fällen zwischen dem Inhalt der im Vorverfahren eingereichten Schriften und den mündlichen Vorträgen eine Verschiedenheit Statt findet. Häufig wird der Anwalt des Klägers noch vor der Sitzung von seiner Partei auf neue Umstände, die bei genauerm Nachsuchen der Papiere ihr bekannt wurden, aufmerksam gemacht; es ergibt sich, daß manche Summen nicht bezahlt sind, die der Anwalt nach den allgemeinen Versicherungen des Klägers als berichtigt annahm; der ihm bekannt gewordene Vertheidigungsplan des Beklagten veranlaßt ihn, manchen anderen Gesichtspunkt hervorzuheben; der Anwalt des Beklagten wird noch häufiger erst vor der Sitzung Stoff zu neuen Einreden erhalten, so daß in der Sitzung Neues, vom Inhalt der Schriften Abweichendes vorkommen wird. Was soll den Vorzug haben? Der Inhalt des schriftlichen Vorverfahrens oder die mündliche Verhandlung? Gibt man dem Ersten den Vorzug, so verletzt man das Prinzip der Mündlichkeit, veranlaßt Wiedereinsetzungsgesuche, oder kömmt zu großen Härten, wenn man sie nicht berücksichtigt.

6. Wenn der Gesetzgeber vorschreibt, daß die Schriften im Vorverfahren die Thatsachen, welche zur Begründung der Klage gehören, und das Gesuch, von Seite des Beklagten die Vernehmlassung, die Angabe aller zu benützenden Einreden enthalten sollen, ohne Rechtsgründe, oder höchstens nur mit Andeutungen derselben, so beruht theils diese Vorschrift auf einer Selbsttäuschung, theils gibt sie den Schriften einen bedenklichen Charakter [39]). Jeder, welcher den Prozeß genauer kennt, weiß, wie schwierig es ist, richtig zu bestimmen, was zur thatsächlichen Begründung gehört. Von welchen scheinbar unbedeutenden Nebenumständen hängt z. B. die Begründung einer institorischen Klage gegen den Prinzipal aus Geschäften des Faktors ab? Kann man im Ernste verlangen, daß der Anwalt in der Schrift, die er einreicht, in einer magern Skizze alle Nebenumstände anführe? Wenn der Beklagte in seiner Schrift anführt, daß er der Einrede des Betrugs sich bedienen wolle, so frägt sich: wie viel muß er zur Begründung anführen? Begnügt man sich mit der kurzen Angabe der Einrede, daß der Kläger unerlaubte Vorschiebungen angewendet habe, so ist Nichts gewonnen; fordert man mehr, so kömmt man zu den deutschen Prozeßschriften. — Ohnehin ist es eine Täuschung, wenn man glaubt, daß in vielen Fällen mit einer trockenen thatsächlichen Anführung Etwas gewonnen wird [40]); nicht selten wird erst durch die Bezeichnung des rechtlichen Gesichtspunkts, unter welchen die Thatsachen gestellt werden, das wahre Verhältniß der anzustellenden Klage klar. Der Beklagte wird daher nicht klüger, wenn ihm auch eine magere Skizze von Thatsachen eingehändigt wird. Ueberlasse der Gesetzgeber lieber den Anwälten, die mündliche Verhandlung gehörig zu benützen.

---

39) S. noch Dernburg S. 320.

40) Nachweisung, wie wenig die Vorschrift, daß die Schrift nur thatsächliche Begründung ohne Rechtsausführung enthalten soll, passend ist, s. in meiner Schrift: „Der gemeine deutsche Prozeß". 1. Beitrag 3. Auflag. 219—225.

7) Wenn der holsteinische Entwurf §. 141. die wesentliche Abänderung der schriftlichen Grundlage der Parteivorträge, nicht zulassen will, so steht eine solche Ansicht entschieden mit dem Prinzip der Mündlichkeit im Widerspruche. Der hannoversche Entwurf §. 203. bestimmt, daß die Verbesserung am mündlichen Prozesse unbedingt zugelassen werde, und in Bezug auf Klageänderung erklärt er, daß sie nicht von Amtswegen zu betrachten sei, es aber dem Beklagten frei stehe, im Wege einer sofortigen zu erhebenden verzögerlichen Einrede die Unzulässigkeit der Abweichung zu rügen, und demgemäß die Zurückweisung der Klageanträge in angebrachtem Maße, also die Fortführung der Verhandlung auf Grund der ursprünglichen Klageanträge zu begehren. In der Begründung [41]) wird bemerkt, daß im mündlichen Verfahren die Sache viel leichter sich mache, und es nur darauf ankomme, daß die Vertheidigung des Beklagten nicht gefährdet werden darf. Wenn der Entwurf auf die schriftlichen Klageanträge gesehen haben will, so erkennt die Begründung dies als Ausnahme von dem Prinzip der Mündlichkeit, rechtfertigt es aber dadurch, daß in jenen Anträgen der Anfang und die Grundlage für den ganzen Rechtsstreit zu finden ist. Wir glauben, daß der Entwurf ohne Noth von der Rechtsübung in Frankreich abweicht. Man kann doch den schriftlichen Klageantrag des Vorverfahrens nicht einer deutschen Klagschrift und der sogenannten defenses, nicht der Litiskontestation gleichstellen [42]). Der Beklagte mag sich der Aenderung widersetzen, wenn er nachweisen kann, daß seine Vertheidigung gefährdet würde: wie aber im römischen Recht [43]) der Richter im mündlichen Verfahren prüft, ob man dem Beklagten zumuthen kann, im einzelnen Fall ohne Härte sich auf die neue Klage einzulassen, so kann dies auch jetzt geschehen. In einer Reihe von Fällen, z. B. wenn der Klä-

41) S. 36.
42) Dernburg S. 270. in Note
43) § 34—35. Inst. de action.

ger der bisher aus dem Auftrage klagt, jetzt den Gesichtspunkt der Geschäftsführung zum Grunde legt, oder wenn er zuerst eine condictio indebiti anstellt, jetzt die condictio jure causa geltend macht, oder wenn statt der ursprüngl. h geforderten Sache wegen Veräußerung oder Untergangs derselben der Kläger Entschädigung fordert, ist kein Grund da, die Streitsache wieder von vorn beginnen zu lassen; der Beklagte kann sich auf die neue Klage erklären, und wenn der Kläger neue Thatsachen vorbrachte, die nicht gerichtekundig sind, so wird durch eine Vertagung der Sitzung genügend geholfen.

8. Fordert die Gesetzgebung ein schriftliches, von dem Gericht geleitetes Vorverfahren, so kömmt sie zu Schwierigkeiten wegen der Auffassung des Ungehorsams der Partei. Der schleswigsche Entwurf §. 143. schreibt vor, daß wenn der Beklagte in der Sitzung erscheint, aber eine Vernehmlassung im Vorverfahren nicht mitgetheilt hat, die in der Klage angeführten Thatsachen als eingeräumt gelten, und dem Beklagten unter Verlust der Einreden nur die Rechtsausführung wider die Klage zustehe. Eine solche Ansicht zerstört das Prinzip der Mündlichkeit, und veranlaßt materiell ungerechte Verfügungen. Wie häufig wird der Beklagte, wenn eine völlig grundlose Klage vorliegt, die Vernehmlassung im Vorverfahren deswegen unterlassen, weil er die Thatsachen für unwahr hält, und sich begnügt, dies in der Sitzung vorzutragen. In Frankreich, wenn der Beklagte kein defenses einreichte, trägt der Anwalt des Klägers auf die Verhandlung an; wird in der Sitzung die Sache aufgerufen, so stellt der Beklagte die Thatsache in Abrede; der Kläger leidet dadurch nicht, denn er muß doch darauf gerüstet sein, daß der Beklagte läugne und Kläger beweisen muß. Bringt der Beklagte, welcher die Thatsachen gesteht oder läugnet, Einreden, z. B. die Zahlung, so kann der Kläger, wenn er dadurch überrascht wird, fordern, daß die Sitzung vertagt werde, die Kosten trägt dann der Beklagte, jede weitere Ungehorsamsstrafe steht aber im Widerspruche mit der Mündlichkeit, ist ungerecht und überflüssig. (Fortsetzung im nächsten Heft.)